

少年事件における身柄拘束をめぐる諸問題

弁護士(大阪弁護士会) 財 前 昌 和

一 はじめに

一 成人事件の起訴前段階での逮捕・勾留をめぐる問題については、弁護士会等の奮闘により改革に向けて様々な実践が生み出されつつある。その経験もマニュアル等の形で蓄積されつつある⁽¹⁾。しかし、少年事件の場合、手続が成人の場合と異なり複雑であり、それに伴い逮捕・勾留以外にも様々な身柄拘束制度があるため、少年にどのような権利があり、何ができるのかが分かりにくい。また、少年事件の弁護活動では少年の健全育成・少年福祉という観点が出てくるため、成人の刑事事件のようにデュー・プロセス、人権保障の観点から身柄拘束の違法・不当性を徹底的に争うことに躊躇を覚えることもしばしばある。

運用にも問題がある。法は少年の特質に配慮し、捜査のやり方について成人以上に厳しい規制を加えている。ところが、実務の状況は、成人において問題とされている安易な身柄拘束・違法な取調べ等が少年においては一

層増幅されている。家裁送致後の段階では、少年の健全育成、保護主義が一面的に強調され、少年の身柄拘束に關してデュー・プロセス、少年の人権への配慮がなざりにされている。

以上の問題意識から、少年の身柄拘束に關して少年にどのような権利が保障され、弁護士・付添人は少年のたぬにいかなる活動ができるのか、今の実務にはどのような問題点があり、どのような改善が必要か、こういった点を具体的な事件の報告を通じて明らかにできればと考えている。

二 まず、事件を紹介する。事件(一)の被疑者は、一九八九年当時一九歳の男性であったが、最初に①深夜職務質問を受け、交番に任意同行した警察官に対して暴行を振るい、傷害を負わせた容疑で身柄拘束され、その後、②第一の住居侵入窃盜、③第二の住居侵入窃盜の被疑事実により引続き身柄拘束された。その経過は、次の通りである。

七月 七日 被疑事実①で逮捕。

同月 八日 勾留決定。勾留場所は拘留所

同月一二日 勾留取消請求(但し、一三日取り下げ)

同月一七日 勾留期間満了。引続き、被疑事実②で逮捕。身柄は警察署へ移された。

同月一九日 勾留決定。同日、少年法四三条三項の求める「やむを得ない場合」にあたらぬとして準抗告申立。二〇日に棄却決定(大阪地決平成元・七・二〇平成元年(む)第三〇三号)。裁判所が「やむを得ない場合」に当たるとした理由は、次の通りである。

「本件以外にも窃盜事件その他の余罪を犯した疑いがあり、被疑者について適正な処分を決するためには、これらの余罪についても十分な捜査を尽くす必要があるというべきところ、被疑者に対し観護措置をとった場合に

は、捜査に支障をきたすことが窺われ、他方、一件記録に現われた被疑者の年齢、非行歴、生活態度等に徴すると、被疑者を成人と同様に扱ってもその心身に悪影響を与えるおそれは少ないものと認められる。」

同月二四日 勾留理由開示請求と勾留場所変更を求める準抗告申立。後者については、二五日に棄却された(大阪地決平成元・七・二五平成元年(む)第三一五号)。代用監獄の指定が適法な理由は、次の通りである。

「勾留請求時において被疑者は窃盗の犯行を否認してはいるが、贓品の一部が被疑者方から既に発見押収されており、勾留後の捜査の進展により、犯行場所の引き当たり捜査や贓品の処分に関する捜査等が必要になることが十分に予想されたことが認められ、被疑者の年齢(現在一九歳)、これまでの非行歴、生活態度等を考慮すると、原裁判が被疑者の勾留場所を代用監獄である警察署留置場に指定したことにつき、その判断を誤った違法があるということはできない。」

同月二六日 勾留理由開示公判。同日に、勾留取消も請求。しかし、同日却下決定。

同月二七日 勾留取消請求却下に対する準抗告。同日、棄却決定。

同月二八日 勾留延長決定。二九日に、刑事訴訟法二〇八条二項の勾留延長を認めるべき「やむを得ない事由」がないとして準抗告。しかし、同日棄却される(大阪地決平成元・七・二九平成元年(む)第三二八号)。

決定は、「被疑者は本件犯行について否認ないし黙秘しているため、家庭裁判所への送致の可否を決定するためには、客観的な証拠を収集して事案の真相を解明しなければならぬところ、本件の被害品である銀行預金通帳を利用して預金を払戻した者がおり、また本件に接して同一被害者宅に対する空巢狙い二件が発生して、これら行為に及んだ人物が被疑者と同一人物であるかどうかを解明することは、本件事案の解明に不可欠であると考えられるが、そのためには右預金の払戻しに関与した銀行及びその従業員等に対する捜査のほか、払戻請求

書の筆跡及び右空巢狙いの現場に遺留された足こん跡の鑑定が必要であると認められるから、さらにこれらの点についても捜査を遂げ、その上で本件の成否に関する証拠の検討を行うためにはなお一日間程度を要する」と認められるとした。かくして、原審決定は、「被害品の利用処分状況につき関係人の取調等が未了」「鑑定中」を理由として一日間の勾留期間延長を「やむを得ない」としたが、これを適法かつ相当とした。

八月 七日 勾留延長期間満了。家裁送致。大阪家裁観護措置決定。付添人が決定手続に立ち会った。

同月一〇日 被疑事実③で逮捕。観護措置は取消。身柄は再び警察署へ。

同月一一日 勾留に代わる観護措置決定（大阪地裁）。一二日に準抗告を申立てたが、棄却される。

同月二〇日 大阪家裁に送致。勾留に代わる観護措置は観護措置に移行。

九月 一日 大阪地検に逆送。観護措置はみなし勾留に移行。

三 事件(二)の被疑者は一九九〇年当時一九歳の女性であった。友人の財布を盗んだという被疑事実で身柄を拘束された。

五月一四日 逮捕

同月一五日 午後七時、弁護士会を通じて両親が事務所に相談に来た。午後八時三〇分、接見のため黒山警察署へ赴く。午後九時、担当捜査官と面会。警察限りで釈放するように要求したが、共犯者の存在する疑いがあるので勾留請求したいとのこと。

同月一六日 午前一〇時四〇分、検察官と面会。午前一一時、意見書と面会要望書を令状部に提出。午後零時三〇分、勾留請求却下決定。

次に、事件(三)では、一九歳の男性被疑者が、コンビニエンス・ストアでの万引き等で住居侵入・窃盗に問

われた。一九八九年六月一九日、被疑者・母親・弁護人の三者で警察に任意出頭したが、警察は逮捕を強行した。弁護人が取調べへの立会いを要求するも、拒否された。六月二日、勾留に代わる観護措置決定（大阪家裁）がなされた。決定手続には弁護人が立ち会った。六月三〇日、家裁送致。勾留に代わる観護措置は観護措置に移行した。

事件（四）の被疑者は一七歳男性で、路上駐車していた乗用車を持ち去り、乗り逃げした窃盜容疑で逮捕された。一九九一年二月一四日に逮捕、一六日に勾留に代わる観護措置決定、同月二二日、家裁に送致され、観護措置に移行する。同月二七日、観護措置取消を申し立てたところ、同日家裁はこれを取消した。

（一）例、大阪弁護士協同組合発行・捜査弁護の実務（一九九一年）

二 少年の逮捕をめぐる問題

一 以上紹介した事例を材料にしながら、少年の身柄拘束手続の運用上の問題点を整理する。最初に、逮捕をめぐる問題である。

少年法四三条三項・四八条は少年の勾留を「やむを得ない場合」に限る。その趣旨は、逮捕にも妥当するはずである。現に犯罪捜査規範二〇五条も「なるべく身柄の拘束を避け」とし、少年警察活動要綱三七条一項も「できる限り、逮捕、留置その他の強制的措置を避けるものとする」と規定している。

しかし、実際には極めて安易に逮捕が行われている。事件（二）の①の被疑事実は、明らかに違法な別件逮捕勾留であった。警察は少年の同意を得ず所持品検査を行い、少年が女性名義のキャッシュカードを持っていたため少年を交番へ連行した上で取調べている。その際、少年に対して暴行がふるわれている。その後、警察は、公

務執行妨害・傷害で現行犯逮捕し、しかも、少年のマンションを捜索している。公務執行妨害・傷害事件で何故マンションの捜索が必要なのであるのか。しかも、被疑事実①については、逆送決定がなされたようであるが、検察官は、結局起訴もせず事件はうやむやにされた。

事件(二)は、少年を逮捕するまでもなく在宅で捜査を行える事案であったが、警察は任意出頭も求めず、いきなり逮捕している。事件(三)では、任意出頭しなかったら直ぐに逮捕すると警察が告げてきたので、少年・母親と弁護士が警察に赴き、親が身柄を引き受け今後もし任意出頭に応じることを説明した。だが、警察はそれを無視してその場で逮捕した。逃亡のおそれなく在宅捜査で十分可能はずである。事件(四)でもこのような逮捕のやり方が行われている。

二 結局、被疑者をまず逮捕しそれから捜査を進めるやり方は、成人事件の場合と同様少年事件においても頻繁に行われている。被疑者が少年という事情を逮捕状発付の際どの程度考慮しているのか等運用実態を明らかにする必要はあるだろう。また、少年の逮捕の要件を厳格化させるための解釈論をもっと刑法学者や少年法学者が展開する必要がある⁽¹⁾。

(1) 少年の逮捕に関しては、柳瀬隆次「少年の逮捕」刑事実務ノート第三巻(一九七一年)一頁、蜂谷尚久「一六才未満の少年と逮捕」判例タイムズ二九六号(一九七三年)三〇七頁参照。

三 勾留をめぐる問題 (一) 少年法四三条三項「やむを得ない場合」の解釈

(1) はじめに 「やむを得ない場合」とは、刑法六〇条の要件が備わっている場合に勾留に代わる観護措置では不十分で勾留をすべき事情を意味する。一般には、①「少年鑑別所の収容力の関係から収容できない場合」、

②「捜査を遂げるについて勾留によらなければ重大な支障を来すと認められる場合」と解されている⁽¹⁾。主として問題となるのは、②の捜査への重大な支障の有無である。捜査機関からみると、勾留の方が期間・場所・接見禁止措置等の点で捜査を行うのに便利である(図参照)。従って問題となる「捜査への支障」とは、具体的には、代用監獄という捜査機関の手に身柄を置けないこと、身柄拘束を一〇日以上続けられないこと、一般接見禁止ができないことによる支障である。「やむを得ない場合」の判断が捜査側の必要性に傾きすぎてはいないかを検討する必要がある。

身柄拘束場所 身柄拘束期間 一般接見禁止	勾留 少年鑑別所・拘留所・代用監獄のいずれか。 一〇日間。但し、一〇日以内の延長可。 可能	勾留に代わる観護措置 少年鑑別所 一〇日間。延長不可。 不可
----------------------------	--	---

(2) 少年鑑別所の施設上の理由 一 収容能力がない場合 少年鑑別所の収容能力に余力がない場合は、勾留も「やむを得ない場合」といわざるを得ないであろう。しかし、そのためには検察官は、一般論として収容力が乏しいと主張するだけでなく、その時点においてその少年を少年鑑別所に収容できないという具体的事実を疎明しなければならぬ。裁判官も、検察官から鑑別所の収容状況に関する資料の提出を求め、あるいは鑑別所に照会等行い、判断を下すべきである。実務の運用ではそこまでの疎明を行っているであろうか。また、勾留場所は拘留所とすべきである(後述四(一)参照)。

二 鑑別所が遠隔地にある場合 施設上の理由の一つとして鑑別所が遠隔地にある場合が挙げられることが多

い。具体的には、①被害者、目撃者その他の関係人に少年の「面通し」をさせることが必要であるが、鑑別所が遠隔地にあるため、それらの者に鑑別所までの同行を求めることが困難な場合、②少年の取調べのため鑑別所に赴くと、その往復に多大の時間を要し、それによって捜査に支障を生ずる場合が例として挙げられている。これらの場合を簡単に「やむを得ない場合」に当たるとする見解もある。⁽²⁾

しかし、これらは結局、次の(3)で検討する捜査の便宜上の理由に他ならない。従って、鑑別所が遠隔地にあるというだけで直ちに「やむを得ない場合」となるわけではなく、そのことが捜査に与える支障の程度を、当該捜査の頻度や必要性の程度、鑑別所への距離、往復に要する時間等を具体的に検討して、それが重大であるかどうかを厳格に判断すべきである。⁽³⁾ また、代用監獄や拘置所への収容が少年に与える悪影響にも十分配慮して判断すべきである。

(3) 捜査の便宜上の理由 一 第三者による面通しに不便な場合 捜査の便宜といっても多様である。個別的に検討する。まず、第三者による面通しの必要性である。実務では、少年を鑑別所に収容しても、鑑別所からの少年の身柄の借受けを捜査機関に認めている(後述六(7))。これにより関係者に便利な場所で面通しをすることが可能である。面通しを頻繁に行う必要のあるような特別の事情のある事案は別として、通常は面通しのために鑑別所まで身柄借受けに行く程度の不便は捜査側は甘受すべきである。従って、この場合は通常「やむを得ない場合」にはあたらない。

二 少年の取調べに不便な場合 刑法は身柄拘束中の被疑者に対する取調べを認めているが(刑法一九八条一項)、これは身柄拘束状態を利用して取調べることを消極的に認めたにすぎず、勾留は決して取調べ目的のための制度ではない。従って、取調べのために勾留、勾留延長等の不利益を被疑者に強いることはできない。勾留

場所の決定や勾留か勾留に代わる観護措置か判断する場合にも、取調べの便宜により少年に不利益を強いることはできないはずである。少年にとって代用監獄や拘留所より鑑別所の方が收容場所として好ましいことは明らかである(後述四(1)参照)。とりわけ現在の警察による取調べの実態からすると代用監獄で取調べを受けることは少年に様々な不利益な結果をもたらす。特に少年が否認ないし黙秘している場合、少年が年少・未成熟等で被暗示性・被影響性が強い場合、殺人・強盗等重大事件や警察官に対する犯罪等警察による強引な捜査が予想される場合にはその弊害は極めて高い。

鑑別所でなく代用監獄や拘留所に收容されることは少年にとって不利益処分といえるのであるから、たとえ鑑別所が遠隔地にある場合であっても取調べの便宜を考慮して勾留に代わる観護措置でなく勾留を選択することは許されない。捜査機関は、取調べの便宜とは無関係に決定された少年の身柄拘束状態をその状態のまま利用するに過ぎない。

三 証拠物展示の必要 取調べ上の不便に関連する事情として、少年に膨大な証拠物を示しながら取り調べる必要があるが鑑別所に証拠物のすべてを持ち込むことが不可能な場合等が挙げられる。この場合、そもそも取調べの便宜という事情を考慮すべきでないという前述の批判とともに、本当に鑑別所に持ち込むことが不可能なほど証拠物が膨大な場合なのか、そのような場合であっても証拠を一度にすべて持ち込むことが必要なのか、取調べの進行状況に応じて持ち込む等の工夫ができるのではないか、少年の身柄の借受け(六(7)参照)を活用することで対処できないか等を厳格に検討すべきであろう。

四 身柄拘束期間が一〇日間以上必要な場合 勾留に代わる観護措置の期間は一〇日間と定められ(少年法四(四)三項)、刑法法の勾留延長の規定は準用されないと解されるから(五(1)参照)、事案の性質上一〇日間

捜査を完了することが不可能と当初から予想される事案については、勾留を認めるべきだとされている。

しかし、勾留延長は、捜査上の必要性があるからと言って無条件に認められるわけではない。刑法二〇八条二項は「やむを得ない事由」を要求している。勾留が少年法上も「やむを得ない場合」か否かを判断するにあたっては、捜査側の必要性だけで判断することなく、勾留延長のための要件の有無も念頭において慎重に判断すべきである（四（二）参照）。また、勾留を要する場合であっても少年法四八条二項により勾留場所を鑑別所にすべきである。実務では勾留する場合には安易に勾留場所を代用監獄にしているが不当である（四（一）参照）。

五 事件（一）と「やむを得ない場合」 同事件の七月二〇日の準抗告裁判所は、余罪捜査の必要性を理由に「やむを得ない場合」に当たるとした。しかし、本件の場合、勾留に代わる観護措置とした場合に余罪捜査にどのような支障をきたすのか不明である。少年は勾留被疑事実を当初否認した後一貫して黙秘していたからである。少年が黙秘している以上、勾留に代わる観護措置であろうが勾留であろうが取調べが進まないことに変わりない。従って、余罪での少年の取調べの必要性は勾留を選ぶ根拠とはならないはずである。また本件では、捜査機関は大阪市内の東警察署であった。少年鑑別所は堺市にあり、決して遠隔地にある場合ではない。面通しや少年の取調べのために多大な時間を要するとはとうてい言えないケースである。

それとも右決定は、余罪捜査のために身柄拘束が一〇日間以上必要と判断したのであろうか。もしそうであれば余罪捜査を理由とする勾留延長を前提とすること自体が問題である（四（二）参照）。また、勾留場所は鑑別所か拘置所にするべきで、代用監獄にする必要は全くなかった。いずれにしろ右決定は、捜査の便宜をあまりに重視したものである。

（4）少年の心身への悪影響

一 勾留に代わる観護措置では捜査に重大な支障を来す場合でも、勾留が少年

の心身に悪影響を及ぼす場合には、勾留は認められない。少年の心身への悪影響の不存在が、「やむを得ない場合」の消極的要件である。

問題となるのは、代用監獄や拘置所に身柄拘束することによる影響である。一六歳未満の少年の事件及び罰金以下の刑に当たる少年事件は、刑事処分に付す可能性がないから（少年法二〇条）、勾留請求は原則として許されないと考えるべきである。

実務では、少年の年齢が一八歳、一九歳の場合や、非行歴がある場合には、少年を成人と同様に扱っても少年の心身に悪影響を及ぼすおそれが少なく、かえって、少年を鑑別所に収容することにより収容されている他の少年に悪影響を及ぼすおそれすらあるとして、安易に「やむを得ない場合」を認める。しかし問題がある。

第一に、「少年の心身に悪影響を及ぼすおそれが少ない」との判断は慎重に行うべきである。捜査側の資料は往々にして少年の非行性を一面的に強調している。少年の良い面が裁判官に示されないまま終わる。捜査側の資料だけを見ると「少年の心身に悪影響を及ぼすおそれが少ない」と考えがちである。弁護活動を通じての印象では、裁判官は、被疑事実・犯行態様・少年の年齢・非行歴・生活態度という外形的事情だけで単純に成人並と扱っていると判断しているようである。

他方で、勾留が少年の心身に与える悪影響に関しては、これまで具体的・実証的に明らかにされていない。このため、裁判官は理念的には理解できてもその重要性を実感を持って理解できず、形式的判断に流されているのではないだろうか。今後、勾留とりわけ代用監獄での勾留が少年の心身に与える悪影響に関する実証的研究を進める必要がある。ただ現段階でも、検察官が悪影響のないことを明確に疎明しない限り、代用監獄での勾留はもとより拘置所での勾留であっても、不相当と判断すべきである。

第二に、他の少年への悪影響については、分離収容の活用により排除することもできる。裁判官は分離収容が不可能か否かについての疎明を檢察官に要求すべきである。

二 事件(一)の場合、少年は、無理やり所持品検査・交番への連行をされ、交番内で暴行を受けた。さらに警察は、窃盗事件について捜査する目的で、公務執行妨害・傷害事件を名目として別件逮捕・勾留を行った。このため、少年は、警察に対する強い敵対心を抱いていた(公務執行妨害・傷害事件については起訴されずやむやになつてゐる)。その後、少年は窃盗事件で代用監獄に勾留されている。だが、少年はその直前に警察官に対する公務執行妨害・傷害事件で既に逮捕・勾留されていた。この事実だけから考えても、さらに窃盗事件で勾留請求を受けた裁判官は、代用監獄に勾留すると少年の心身に悪影響を与えるおそれがあること位分かりそうなものである。実際、少年が窃盗を否認していたため代用監獄では少年に対して極めて威迫的な取調べが行われている。そのため弁護人は連日接見したが、そのような取調べによつて少年は一層かたくなになり真相の究明を遅らせてしまった。

事件(二)の少年は、前歴・非行歴は一切なく、生活態度も普通の大学生である。犯行態様も、友人の部屋に遊びに行った際に財布を盗んだというものでそれほど悪質なものではない。それにもかかわらず檢察官は安易に勾留を請求している。さすがに裁判官は勾留請求を却下したが、弁護人がついていなければ却下したか疑問である。

(1) 横浜地決昭三六・七・二二下級刑集三卷七〇八号八〇〇頁。なお、神垣英郎「少年の勾留」新版令状基本問題(一九八六年)一八九頁(以下、神垣)、植村立郎「勾留を必要とする『やむを得ない場合』」別冊判タ六号(一九七九年)

二二〇頁参照(以下、植村)。

(2) 神垣一九一頁、一九四頁。

四 勾留をめぐる諸問題 (二)

(1) 勾留場所 鑑別所勾留の原則 一 成人の場合、拘置所と代用監獄との優先関係について、拘置所原則・代用監獄例外の関係にあるという裁判例と、そのような関係はなくいずれを勾留場所とするかは裁判所の全くの裁量であるという裁判例とが対立している。⁽¹⁾しかし、少年法は、以下に述べる理由により、少年を勾留する場合であっても勾留場所は、まず少年鑑別所、次に拘置所が原則で、代用監獄は極めて例外的場合に限るという原則を採用していることは明らかである。

第一に、少年法の諸規定である。少年法が勾留に代わる観護措置を特別に設けているのは少年をできるだけ拘置所や代用監獄に収容しないためである。さらに、勾留する場合であっても少年鑑別所に収容できるように特別に規定を設けている(同法四八条二項)。これらの規定から考えると、少年法は、少年の収容場所をできるだけ少年鑑別所にするという原則を採用していることは明らかである。なお、一六歳以下の少年、初犯少年、前歴のない少年、年長少年の場合でも未成熟の度合いが著しく被影響性が強いと思われる少年の場合には、少年鑑別所を勾留場所とすることが原則であるとする見解もある。⁽²⁾

第二に、実質的理由である。①少年鑑別所は少年の観護及び鑑別を行う機能を有する施設であり(少年院法一六条参照)、少年の身柄を確保する場としてふさわしいこと。②拘置所や代用監獄と違って刑事拘禁的色彩がないので少年に対して不必要な心理的動揺を与えるおそれが少ないこと。③鑑別所は成人犯罪者との接触を完全に避けることができること。他方、拘置所や代用監獄は成人被疑者と共用されるものであり、分離処遇がなされ

るとしても、少年は心身の発達が不十分で被影響性が強いいため、心理的・肉体的悪影響を受けることも考えられ、ひいてはその後の保護手続にも影響するおそれがあること。³⁾

二 裁判例の中には、少年鑑別所や拘置所が遠隔地にあるため面通し・少年の取調べ・引き当たり捜査等に支障を来すことなどの捜査上の便宜を理由に勾留場所を代用監獄とするものがある。しかし、成人の場合ですら弊害の大きい代用監獄に少年を勾留することは極めて例外的な場合に限るべきである。

少年被疑事件が将来家裁に送致され、そのほとんどが保護事件として処理されることを考えると、勾留場所の決定に当たっても少年の心身への影響を最大限に重視すべきであり、代用監獄を勾留場所とするのは、鑑別所や拘置所に勾留したのでは捜査に極めて重大な支障が生じる場合に限定すべきであろう。その判断に関しては、すでに「やむを得ない場合」に関して検討した事情を考慮すべきであろう(三(3)参照)。

三 さて、事件(一)の七月二五日の準抗告裁判所は、代用監獄の指定が適法な理由として引き当たり捜査や贓品処分に関する捜査の必要性を指摘している。だが、少年が黙秘している状況でなぜこれが代用監獄を勾留場所とする理由となるのであろうか。少年が黙秘を続ければこのような点について少年を取り調べることはできないはずである。準抗告裁判所は、代用監獄に勾留して取調べを続ければ早晩少年が黙秘を止め取調べに応ずることを期待しているのであろうか。少年が窃盗で勾留される前に公務執行妨害で勾留されていることなどを考え併せるなら、せめて拘置所に勾留すべき事案であった。

(2) 勾留延長要件の厳格化 一 刑法法二〇八条二項の「やむを得ない事由」とは、最判昭三七・七・三民集一六巻七号一四〇九頁によると、事件の複雑困難あるいは証拠収集の遅延・困難等により、勾留期間を延長し更に取調べをするのでなければ起訴・不起訴の決定をすることが困難な場合をいうものとされている。ただ、

これらは捜査側の事情・必要性を列挙したものに過ぎず、さらに絞りをつけるべき必要があることが指摘されている。⁽⁴⁾しかし、実務上は「やむを得ない事由」が極めて広く解釈されており、検察官の延長請求はほとんどフリーパスの状態である。

少年被疑事件の場合、犯罪の嫌疑がある以上検察官はこれをすべて家裁に送致しなければならず(少年法四二条)、家裁からの逆送後は起訴しなければならない(同法四五条五号本文)。つまり、検察官は家裁に送致するか否か、起訴するか否かの裁量権を一切認められていない。家裁に送致しうるだけの犯罪の嫌疑があるか否かを判断できるだけである。従って、少年事件における勾留を延長すべき「やむを得ない事由」とは、「家裁送致・不送致の決定をすることが困難な場合」と読み換える必要がある。

この場合、どの程度の嫌疑を要求すべきか。家裁の司法機関としての受動性・中立性、家裁の証拠収集能力の限界等から、少なくとも非行事実に関して(5)は家裁送致前に十分捜査を尽くしておく必要があるとして、起訴の場合と同程度に高度な嫌疑を必要とする見解がある。家裁送致後の捜査機関による補充捜査を認めるべきでないことなども考え合わせると、右見解は一般的基準としては妥当であろう。しかし、少年事件の場合には以下のような点を留意しなければならない。

少年保護事件では家裁による職権主義構造がとられ、家裁は捜査機関から送付された記録を少年の側のチェックを経ることなく全て読むことになる。しかも少年の側に付添人が付くのは稀だ。このため、右記録類の信用性は審判手続でもチェックされないままに終わることが多い。従って、少年が非行事実を否認している事件の場合に「十分な」捜査のために勾留を延長することは、家裁送致前に捜査側の心証に沿った方向での証拠固めを行わせ、少年に有利な証拠の発見を困難にし、かえって家裁の審判を歪めることにならないであろうか。

従って、非行事実⁽¹⁾に争いのある事件の中には、むしろ早期に家裁に送致させ、家裁の調査と審判手続によって証拠を収集し非行事実の解明をするのが妥当な事案もあるのではないか。この問題は、家裁における職権証拠調べのあり方とも関連するので、勾留延長請求時点での未了捜査の内容を検討し、家裁による調査と職権証拠調べで可能でないか、捜査機関による捜査を続行しなければ無理かを検討する必要がある。

身柄拘束の長期化による少年の心身への悪影響についても警戒する必要がある。少年警察の現状に照らすと、少年の身柄拘束を延長してまで捜査に頼ると、不当な取調べ等の病理を伴いがちである。また、少年を捜査機関による糾問に長期間晒すことは、家裁送致後家裁が教育的機能を発揮する上でマイナスとなりはしないか。これらの弊害は非行事実⁽²⁾に争いのある事件ほど著しいであろう。

二では、右視点にたつて「やむを得ない事由」について具体的に検討したい。

第一に、既に収集済の証拠で家裁送致・不送致を決定しうる場合には勾留延長は認められるべきではない。単なる量刑資料はもちろん、罪体に関する証拠でも主要なものがすでに収集され家裁送致・不送致を決定できる場合には、たとえ一部収集未了であっても勾留延長を認めるべきでない。少年の場合は成人の場合と異なり、審判においては、罪体に関する証拠と並んで、情状に関する証拠が、要保護性の判断資料として重視される。このことを重視し、成人の場合以上に勾留を延長して捜査を尽くす必要が高いとする見解がある。⁽⁶⁾しかし、身柄拘束が少年の心身に与える悪影響を考えると、成人の場合以上に勾留延長要件を緩和することは妥当でない。また、捜査機関に要保護性に関する資料を少年の有利・不利にかかわらず公平に収集することを期待することは困難であるから、家裁において行う方が妥当である。

第二に、既に判明している少年の資質、家庭環境等を考慮しても最終的な家裁の処分が審判不開始あるいは不

処分で終わる可能性が高い場合、または、保護観察となることが確実である場合については、将来予想される処分以上の不利益を課すことになる勾留延長は認められない。⁽⁷⁾ このような場合には勾留の必要性自体が否定される場合が多いであろう。

第三に、被疑者や共犯者が取調べに対して黙秘ないし否認しているため事案を解明できず送致・不送致を決定できないということは勾留延長の理由となるであろうか。

被疑者・共犯者は黙秘・否認する権利が保障されるのであるから、それによる証拠収集・事案解明の困難は捜査機関は当然甘受すべき事態である。勾留延長は、事案の複雑さ等の事件に内在する客観的事情から捜査が一〇日間以上かかる場合に認められたものであって、被疑者や共犯者の供述態度如何によって被疑者に勾留延長という不利益を強いることはできないのではないだろうか。

このことは、勾留延長して更に被疑者・共犯者を取り調べるといふあからさまな取調べ目的の延長の場合はもちろん、被疑者・共犯者の供述以外の証拠を収集するための延長の場合も同様である。結局捜査機関は、在宅で更に捜査を進めるか、そのまま家裁に送致するかのいずれかを選択するしかないと解すべきである。

第四に、余罪捜査未了も勾留延長の理由にならない。少年事件の場合、検察官には家裁に送致するか否かの裁量が認められていないので、勾留事実について嫌疑が認められる以上、たとえ余罪が勾留事実に対する家裁の処分に影響を及ぼす場合であっても、ただちに勾留事実を家裁に送致する必要がある。余罪捜査を理由に勾留延長することはできない。⁽⁸⁾ 捜査機関は、勾留事実を家裁に送致した上で余罪捜査を進め、余罪について身柄拘束が必要な場合には別途逮捕・勾留を請求すべきである(家裁送致後観護措置中の余罪取調べについては六(7)参照)。

三 さて、事件(一)では勾留延長が認められたが、原決定の挙げる延長理由は、被害品の利用処分状況につき

関係人の取調べ等が未了、鑑定中の二点であった。準抗告裁判所は、前述のように、事案の真相解明のためには、被害品である銀行預金通帳を利用して預金を払戻したのが被疑者かどうか、同一被害者宅への他の二件の空き巣狙いの犯人が被疑者かどうかの解明が必要であるとした。そしてそのための捜査として、右払戻し銀行への捜査、払戻請求書の筆跡及び被害者宅に遺留された足こん跡の鑑定が必要とした。

少年は勾留被疑事実を否認していたが、捜査機関は、一〇日間の捜査でかなりの証拠を収集していた。被害品の一部が被疑者宅・両親宅から押収され、また、両親・ガールフレンドからも任意提出されていた。銀行への払戻請求書も既に入手し、少年の筆跡と比較対照するために必要な証拠を既に十分収集していた。また既に少年の靴を収集し、現場で採取した足こん跡との比較対照を鑑定嘱託していた。これだけ少年と被疑事実とを結びつける有力な証拠が既に収集されていたのであるから、たとえ少年が否認していても家裁への送致は十分可能な状況であった。関係人の取調べについては、家裁送致後必要に応じて家裁が行うことも十分可能だと思われるし、鑑定については、既に鑑定嘱託後であること、鑑定結果が出るまでにそれほど時間を要しないことなどから、鑑定書が完成次第家裁に追送致することを認めればよかつたはずである。

また、取調官は少年に対して、「弁護士はお前がやったと分かっているんやけど、商売やから言わんのや」「自分で白した方がええと思ってるけど言わんのや」「黙ってたら罪が倍になるぞ」「弁護士は黙ってたら罪が軽くなる言うてるか。そう言うてるならアホかニセモノの弁護士や」「そんなん言うなら弁護士変えた方がエエ」「金はかかるわ、罪は倍になるわ、お前死ななあかんぞ」などと言って告白を強要し、また、少年が下を向くと腰ひもを強く引っ張ったり、書類綴りを力一杯机に叩きつけるなど様々な脅しを行っている。この点について弁護士は弁護人の陳述書という形で準抗告裁判所に提出したが、勾留延長が少年の心身に与える影響について準抗告裁判所

は一切判断していない。

なお、事件(一)は右勾留延長後冒頭で述べたような経過をたどった後九月八日地裁に起訴された。その後少年は公務執行妨害・傷害事件を除く他の事件を認め、執行猶予付き判決となった。少年は一九九〇年一月三十一日に保釈許可決定が出るまでの間起訴後勾留された。早期に家裁に送致され捜査記録が少年側に開示されていればこれほど長期の身柄拘束はされなかったはずである。弁護士としては残念でならない。この事件は、検察官と家裁との間の事件のやりとりによっても身柄拘束が不必要に長引いている。

(1) 金谷利廣「被疑者の勾留場所を代用監獄とするには特段の事由を要するか」新版令状基本問題(一九八六年)二六四頁以下(以下、金谷と略)。

(2) 中田昭孝「少年の勾留場所」判タ二九六号(一九七三年)三一八頁(以下、中田と略)

(3) 神垣・一八九頁、中田三一六、三一七頁。

(4) 梶田英雄「勾留に関する準抗告の実証的研究4 大阪地裁の決定例を中心として」判例タイムズ三一―号(一九七四年)三四頁、青木昌隆「勾留期間を延長すべきやむを得ない事由の意義」判タ二九六号(一九七三年)二二二頁

(5) 及川憲夫「少年に対する勾留の実務上の諸問題」家裁月三四卷九号(一九八二年)二二頁(以下、及川と略)

(6) 及川二三頁

(7) 及川二三頁

(8) 及川二五頁

五 勾留に代わる観護措置(少年法四三条一項)をめぐる問題

(1) 要件と手続 一 要件の厳格化 勾留に代わる観護措置の要件は、勾留の理由と勾留の必要性である。

勾留との違いは、「やむを得ない場合」の要件が加重されるか否かにある。ただ、身柄拘束による少年の心身への悪影響を防ぐためには、勾留に代わる観護措置の理由・必要性を厳格に解釈する必要がある。⁽¹⁾

第一に、少年は成人に比して罪証隠滅・逃亡の能力が典型的・一般的に低いことを考え（もちろん年齢等による差異はあろうが）、検察官が疎明すべき「罪証隠滅のおそれ」「逃亡のおそれ」の程度は成人の場合以上に高度のものを要求すべきであろう。

第二に、一般に、勾留によって実現しようとする目的と、勾留によって被疑者が被る不利益や将来予想される処分の程度との均衡を欠く場合には勾留の必要性がないとされている。⁽²⁾少年の場合、勾留が少年の心身に与える悪影響や学業の機会を奪う危険性が大きいことを重視すべきである。また、少年院送致や刑事処分が付され実刑となる可能性がある場合以外は、勾留という手段を選択することは目的に対して過剰となるのであるから、勾留の必要性はないとすべきである。勾留により少年が被る不利益や将来予想される処分の程度から考えると、成人の場合以上に勾留の必要性を欠く場合が多いであろう。

なお、延長は、これを認める規定がない以上当然に許されない。⁽³⁾勾留に関する規定を準用するという議論もあり得ようが、人権を侵害する方向での準用は許されないであろう。

二 勾留に代わる観護措置決定手続と弁護人の立会 勾留に代わる観護措置はその目的・法的性格が勾留と同じであるため、勾留に関する規定が最大限準用されるべきである（少年法四〇条参照）。実務上の取扱では、刑法六一条を類推して勾留に代わる観護措置決定の前に、勾留質問に相当する手続として、少年に対し事件を告げ、これに関する陳述を聴いているようである。

ただ、右手続を実質化するためには保護者・弁護人に手続への関与を保障すべきである。保護者や弁護人が立

ち会い、被疑事実に対する言い分や少年の生活・学業・仕事の状況について裁判官に説明することによって、これまで捜査機関側からの情報だけでなされてきた身柄拘束の判断を多少とも適正にすることができるといえる。

現に、事件(三)では、弁護人から要求したため裁判官は決定手続への弁護人の立会を認めた。この時弁護人は、被疑事実に至る経過や事件発生前後の少年の生活状況等を説明し少年の非行性が低いことを訴えるとともに、少年が自分から警察に任意出頭したこと、被疑事実について概ね認めていること、母親が身柄を引き受けることなどを説明し、罪証隠滅や逃亡のおそれのないことを訴えた。

もっとも、立会については弁護人が強く要求しない限り、裁判官は認めないのが実情であろう。従って、既に弁護人選任届けが提出されている場合には、勾留に代わる観護措置の決定に先立ち事前に保護者・弁護人に通知する、決定手続に立ち会わせるか少なくとも裁判官に意見を述べる機会を与えるという実務慣行を作るべきであろう。

とりあえず弁護人としては、少年が逮捕された場合にはいつごろ検察官が勾留ないし勾留に代わる観護措置を請求するか予想できるのであるから(刑訴法二〇三条ないし二〇五条)、管轄の地裁・簡裁・家裁に対して、勾留決定・勾留に代わる観護措置決定前に裁判官との面会・少年との接見・決定手続への立会等を要望すること、検察官から勾留等が請求された場合には決定前に連絡を欲しいことなどを記載した要望書を提出したり、担当裁判官に身柄拘束が不要である旨の意見書を提出するなどの活動をすべきである。

(2) 不服申立手続 一 準抗告の可否 準抗告を認める明文規定はないが、被疑者の勾留の裁判に準じ、刑事訴訟法四二九条一項二号の「勾留に関する裁判」に含まれ準抗告の対象とするのが実務の取扱である。⁽⁴⁾ 事件(一)でも、準抗告そのものは適法と扱われている(大阪地決平成元・八・二二平成元年(む)第三五一号)。

二 取消請求権 一〇日の身柄拘束期間内に要件を欠くに至った場合、少年は勾留に代わる観護措置の取消を裁判所に請求できるか。少年法四四条一項の規定にある一号観護措置の取消に準じて勾留に代わる観護措置の取消を裁判官に請求すべきだとの見解がある。事件（四）で取消処分を行った家裁裁判官もこの見解を前提にしている。

しかし、これは裁判官の職権による取消を求めるものに過ぎず、少年側に取消請求権を認めたものではない。

勾留に代わる観護措置の法的性格は勾留と同じである以上、刑事訴訟法八七条以下の規定を準用し、取消請求権を認めるべきである。⁽⁵⁾ 弁護士としては、取消請求権があるとの見解を前提に、積極的に勾留に代わる観護措置の取消請求を行い、裁判官が取り消さない場合には却下決定に対する準抗告（刑訴法四二九条一項二号）を行うべきである。

三 理由開示 理由開示については肯定する見解が多数のようである。

(3) 捜査機関による余罪取調べ・身柄借受けの規制 警察は鑑別所内で少年を余罪で取調べることができるのはもちろん、検察官の許可を得て少年の身柄を借り受けて余罪で取調べることとできるのが実務の取扱である。⁽⁶⁾

しかし、少年の収容場所を鑑別所にして少年の心身への悪影響を排除しようという趣旨から考えて、少年の身柄を警察が借受けて完全に支配することを安易に認める取扱は不当ではないだろうか。身柄の借受けを警察に認める基準を厳格に解するとともに、認める場合であっても鑑別所の職員が必ず同行する等の措置が必要であろう。

立法論としては、実質的に身柄が移動することを重視して、借受けに家裁裁判官の同意を必要とし、裁判官による借受け許可が不当な場合、弁護士側から何らかの不服申立ができるようにすべきであろう（移監に関して裁

判官の同意が必要とする刑訴規則八〇条参照)。

(1) 及川八頁以下、青木佳史・岩佐嘉彦「少年の未決拘禁」法律時報六三卷一二号(一九九一年)四九頁(以下、青木・岩佐と略)参照。

(2) 野間洋之助「勾留の必要性」判タ二九六号(一九七三年)一四八頁、同「勾留の必要性」判タ三〇九号(一九七四年)五九頁、多田元「勾留の必要性理論」青法協裁判官部会編・刑事実務の研究(一九七一年、日本評論社)一四一頁、下村幸雄・刑事裁判を問う(一九八九年)一六頁等。

(3) 四ツ谷巖「少年の勾留」捜査法大系II(一九七二年)三七二頁(以下、四ツ谷)。

(4) 広島家決昭四四・一一・二〇刑裁月報一卷一〇九六頁

(5) ポケット註釈全書・新版少年法(第二版)三七五頁(一九八四年)参照(以下、ポケット少年法と略)。

(6) ポケット少年法三六八頁、井上勝正・少年法 解釈と実務(一九七一年、日世社)一五五頁

六 観護措置(少年法一七条一項二号)をめぐる問題

(1) 基本的視点 家裁送致後の観護措置の目的・機能には、適正・妥当な審判を行うために少年の身柄を保全するという刑事司法的機能と、終局決定までの間少年の心情・環境を安定させ非行の進行を防ぐという保護的機能の二つの面があり、その法的性格は、刑事司法的機能しか持たない勾留とは異なると思われる。

しかし、他方で観護措置も少年の身柄を拘束する点では勾留と共通の不利益処分としての性格を持っている。たとえ観護措置が刑事手続上の身柄拘束でないことから憲法三四条の「拘禁」でないとして、行政手続でさえ憲法三一条が類推される以上、少年法による手続にもデュール・プロセスの要請は働くはずである。従って、少年に一定の手続的権利を保障する必要があることは否定できない。

また、身柄拘束自体の持つ少年への悪影響や少年鑑別所における処遇の実態などから考えると、観護措置がかえって少年の健全育成を阻害することもありうる。これを防ぐには、少年側の意見を手続に反映させることが不可欠である。つまり、保護的機能の発揮のためにもデュー・プロセスが必要なのである。

従って、問題は手続的権利を与えるか否かではなく、観護措置の二面的性格に鑑み、どのような手続的権利を認める必要があるのか、その手続的権利を認めることが保護的機能を阻害するのか、調和・促進するのか等を具体的に検討することである。

なお、勾留に代わる観護措置と同様に、「罪証隠滅のおそれ」や「逃亡のおそれ」の要件を成人の勾留の場合に比し厳格に解釈すべきである(五(一)参照)。

(2) 決定手続におけるデュー・プロセス 一 観護措置がなされる場合は大きく分けて以下の三つがある。

①逮捕・勾留中の少年が家裁に送致された場合、②勾留に代わる観護措置中の少年が家裁に送致された場合、③在宅で捜査を受けていた少年が家裁に送致された場合である。

このうち①③については、家裁判官の決定が必要であり(少年法一七条一項・二項)、その際法律には規定がないが、実務上少年に非行事実を告知し弁解を聴いて要件を判断する手続がとられている。⁽¹⁾しかし、付添人選任権の告知はあまりされていないようである。⁽²⁾また、保護者・付添人には決定手続に立ち会う機会はもちろんなく、事前の通知すらされていないのが現状である。そこで、これを改めて、付添人依頼権の告知、付添人・保護者の立会権、事前の通知を認めるべきである。⁽³⁾

もつとも、事件(一)では、八月七日の観護措置決定手続では、付添人から要求した結果、付添人の立会が認められている。その際、付添人は、公務執行妨害・傷害事件の名目で別件逮捕・勾留が行われたこと、取調べの

中で少年に対する自白強要がなされたこと、そのため少年には黙秘させたこと、両親が身柄引受をすることなどを説明し、観護措置をとらないように要求した。

今後とも、付添人は要望書等の活用により積極的に立会を求め、立ち会わせるのが当然であるという実務慣行を作り上げるよう努力すべきであろう。

二 問題は②である。この場合、家裁送致前になされた勾留に代わる観護措置が家裁判官の決定なく自動的に観護措置とみなされると一般に理解されているので(少年法一七条五項参照)、少年への告知聴聞の機会すら保障されていない。事件(一)、事件(三)、事件(四)ともにかかる経過をたどっているが、裁判官が実際に身柄拘束の当否について検討した様子はうかがわれなかった。むろん少年・付添人ともにこの点について意見を述べる機会は特に与えられなかった。

実務は、勾留に代わる観護措置を決定する際にすでにその機会を与えているから問題ないと考えているのかもしれない。また、少年法一七条五項第一文に言う「みなす」という文理も、特段の手續などなくして法律上当然に効果が発生することを意味すると解するのが自然なのかも知れない。

しかし、両者はその法的性格も効力も異なること、①の場合と手續を異にする合理的理由のないこと、実務上不服申立権・取消請求権が否定され少年はその当否を争う手段が全く保障されていないことなどを考えると、明らかにデュー・プロセス違反であろう。従って、少年法一七条五項が裁判官による決定手續を不要と規定した条項と解釈することは許されない。合憲限定解釈を要する。

右「みなす」規定は次のような手續を意味するものと解釈すべきではないだろうか。まず、家裁に送致された時点で家裁の裁判官が改めて要件の具備を判断する手續をとることはむしろ前提である。その際、裁判官が要件

の具備を検討した結果、要件を欠くと判断したときには、少年法一七条五項による観護措置の効果を生じさせない旨の決定を行うべきである。裁判官がかかる決定を積極的になさない場合には、観護措置決定があったものとみなされ改めて決定を行うまでもない。

このような解釈については、みなし勾留に関する少年法四五条四号についての解釈が参考となる。同条項は「第一条第一項第二号の措置は、これを勾留とみなし」と規定しているが、一般の解釈では、みなし勾留の要件の具備について裁判官が判断する手続が必要であるとされている（七の二参照）。この条文の文言を少年法一七条五項と比較するならば、ともに「みなす」という表現を使っており、少年法一七条五項の解釈にあたっても参考にならう。

付添人の実践としては、家裁送致されそうな時期に裁判官に対して面会等を求める要望書を提出する、観護措置をとることなく身柄を解放することを求める意見書を提出するなどの活動を行うべきである。さらには、次項の通り準抗告を行うことも考えられよう。

(3) 不服申立 準抗告の可否 一 観護措置決定への準抗告申立はできるか。この点については、否定説がある。理由は次の通りである。現行法に規定がない。また、少年法三二条は保護処分決定に対してのみ抗告を規定し、観護措置決定は除いている。観護措置はその保護的性格から少年に対する利益処分である。少年の資質の鑑別という観護措置の目的に照らし不服申立方法を認めることは相当でない。⁽⁴⁾ 否定説にたつ裁判例もある。⁽⁵⁾

しかし、観護措置が少年の身体の自由を制限するもので不利益処分の一面を持つことは否定できない。少年法三二条は、保護処分決定に対する不服申立が抗告の形式によることやその要件等について規定しているだけで、保護処分以外の決定に対していかなる不服申立ができるかについては一切規定していないと解釈するのが自然で

ある。従つて、右規定を根拠に観護措置に対する抗告が許されないとは言えない。観護措置に対する不服申立がないのは、むしろ法の欠缺であり、憲法三一条のデュー・プロセスの要請から法の補充が求められている。そこで、刑法四二九条を類推し準抗告を認めるべきであらう。⁽⁶⁾

二 もつとも、準抗告を認めるとしても、勾留に代わる観護措置中の少年が家裁に送致され観護措置に移行した場合には、従来の運用では、裁判官による観護措置決定が存在しないため、不服申立の対象を欠くのではないかと疑問が生じる。しかし、先述のように、裁判官が少年法一七条五項により審査手続を行いながら、観護措置の効果を発生させない決定をしなかった不作為も一種の「処分」と解することができる。これに対して不服申立ができると考えればよい。準抗告の申立の趣旨は以下にならう（なお、七の三、四参照）。

「検察官から△△に対する□□保護事件の送致を受けるに当たり、○○家庭裁判所裁判官が少年法一七条五項により少年法一七条一項二号の観護措置の効果を発生させた措置を取り消す。

右観護措置の効果を発生させない。」

(4) 取消請求権

一 家庭裁判所に対し観護措置取消（少年法一七条六項・少年審判規則二二条）の職権発動を促す申立はできるが、取消請求権はないとされている。例えば、福岡家決昭四五・八・三一家裁月報二三巻五号一二〇頁は、観護措置に対する取消請求権を認める規定がないこと、少年保護手続における職権主義の性格から規定がない限り認めるべきでないこと、少年法一七条六項は単に家庭裁判所の職権による取消変更権を認め、たに過ぎずこの規定を根拠として付添人からの取消変更・執行停止請求を認めることはできないこと、観護措置と勾留とは「全く、目的、性質、内容を異にする」ので勾留取消請求権を認めた刑法八七条を類推することは妥当でないことなどを理由に取消請求権を否定している。

しかし、デュー・プロセスは憲法上の要請である。法に規定がないことは否定の根拠にならない。また、職権主義的性格が強いことと少年に手続的権利を認めることは矛盾しない。さらに、勾留と観護措置とは少年の身柄を拘束するという点で大きな共通点を有しており、決定はその違いを一面的に強調している。実質的に考えても、少年に家裁送致後の身柄拘束の当否を争う手段を全く保障しないことは問題である。よって刑法八七条を類推して取消請求権を認めるべきである。

付添人の実践としては、家裁に対して取消請求を行い、家裁が取り消さない場合には取消請求却下に対する準抗告を行うべきである（刑法四二九条類推）。

二 冒頭紹介した事件（四）では、観護措置取消を申し立てたところ、家裁は観護措置を取り消した。ただ、その際電話で家裁書記官から、これは職権による取消であって、取消請求に対する判断ではない、従って、決定書も作成しない旨念を押された。

（5）家裁送致前に決定された勾留・勾留に代わる観護措置に対する準抗告 一 事件が家庭裁判所に送致された後も、家裁送致前に決定された勾留あるいは勾留に代わる観護措置に対して準抗告を申し立てることができる。裁判例は⁽⁷⁾も否定している。理由は、事件が家庭裁判所に送致された後は勾留・勾留に代わる観護措置は終了し、それとは目的・性格を全く異にする観護措置に変わっているのであるから、準抗告は申立の対象を欠き申立の利益を失うことである。

しかし、これでは、家裁送致後の観護措置決定に対する不服申立権も取消請求権も否定する実務の扱いと相まって、家裁送致後は少年には身柄拘束の当否を争う手段が全く認められないことになる。

成人の場合、起訴前勾留中の被疑者が起訴されると起訴前勾留が裁判官の決定なく自動的に起訴後勾留に移行

するとされており、同じような問題が生じているが、起訴後勾留に対する勾留取消請求権は認められており、一応争う手段が保障されている。⁽⁸⁾これと比較するなら、少年の場合にも、家裁送致後の観護措置に対する不服申立権、取消請求権、勾留・勾留に代わる観護措置に対する家裁送致後の不服申立権の少なくともいずれかを認めるべきであろう。

(6) 理由開示手続 理由開示については、「少年法の要請する密行主義、手続の非公開は、少年法の基本理念であり、これに抵触することはできない」として否定する見解がある。⁽⁹⁾しかし、具体的にどのような弊害があるのか明らかでない。また、身柄拘束の根拠を裁判官に問う手段を少年側に与える重要性は大きい。刑法八二条以下の規定を類推すべきである。

(7) 捜査機関による余罪取調べ・身柄借受け、余罪での逮捕の規制 一 実務では、観護措置中の少年について、捜査機関が余罪の取調べを行い、またそのために身柄借受けをすることを家裁・鑑別所の許可を条件に認めている。そして、家裁は調査・審判を行う上で差し支えないと判断した場合、許可している。⁽¹⁰⁾

確かに家裁送致後余罪について取調べの必要が出てくることもあり得よう。しかし、少年の保護手続ということで少年側に不服申立権の権利等を否定しておきながら、他方で身柄拘束状態を捜査機関が利用することを認めるのは問題ではないだろうか。少なくとも、家裁の許可の基準を厳格に解釈すること、許可に先立ってその旨を保護者・付添人に通知し意見を述べる機会を与えること、家裁による許可決定に対する不服申立権を認めることなどが検討されるべきであろう。

二 観護措置中の少年について逮捕状が発せられた場合、実務上の取扱は、観護措置の必要性と逮捕の必要性を比較考慮して、逮捕を相当と認めたとき、観護措置を取り消すのが多数のようである。⁽¹¹⁾例えば、事件(一)では、

八月七日に被疑事実②の勾留延長期間が満了し家裁に送致され、家裁が観護措置決定を出して身柄が少年鑑別所に送致された。ところが、同月一〇日に被疑事実③で逮捕状が発付されたため、家裁は観護措置を取消し、警察は逮捕状を執行して少年は再び代用監獄へ移されている。

このように、一旦鑑別所に收容され鑑別を開始した後、観護措置が取り消されると、その分身柄拘束が長引く結果になる。また、少年に精神的動揺・不安・心身への悪影響を与え、少年の資質の鑑別という観護措置の目的を阻害する可能性もある。従って、観護措置取消しの基準を厳格に解釈することが必要である。

そこで、原則的には逮捕状の執行を許すべきではなく、余罪取調べは必要に応じ少年鑑別所内で行わせるべきであろう。例外的に、観護措置を取り消すのは、新しく発覚した犯罪事実が保護事件に比して極めて悪質のものであったり、非常に多数の事件であつて少年の要保護性ないし犯罪性を判定する上に重大なものであり、その捜査に少年の身柄を是非必要とするような場合に限るべきだ。⁽¹²⁾

あわせて、取消しに先立ってその旨を保護者・付添人に通知し意見を述べる機会を与えること、家裁による取消決定に対する不服申立権を認めることなどが検討されるべきであろう。また、取り消した場合、その後の逮捕勾留期間を短縮する等の措置を取る必要があるのではないだろうか。

付添人の実践としても、家裁の観護措置取消決定に対して準抗告を申し立てることが考えられる(六(3)の観護措置決定への準抗告に関する議論参照)。また、余罪で勾留請求された場合には、勾留裁判官に対して、本件での観護措置中の余罪取調べで足り、余罪でわざわざ勾留する必要があることを訴えるべきである。

(1) 司法研修所・改訂少年審判運営の手引(一九八八年)四五頁(以下、手引と略)、最高裁事務総局・少年事件実務要覧(上)(一九八三年)二四四頁(実務要覧上と略)参照。

- (2) 多田周弘「少年保護事件におけるデュー・プロセスの実現のための覚書(中)」判タ六三四号(一九八七年)二二頁(以下、多田と略す)。
- (3) 青木・岩佐五二頁
- (4) 多田二三頁、梶村太市「少年の観護措置の要件(基準)を中心として」家裁月報三二巻八号(一九八〇年)一六頁
- (5) 大阪高決昭四四・一〇・三〇家裁月報二二巻一〇号一一四頁
- (6) 青木・岩佐五二頁。抗告でなく準抗告を認めるべき理由については、みなし勾留に関する議論ではあるが、守屋克彦「少年法二〇条の決定の際にした刑事訴訟法六〇条一項各号の事由がある旨の判断についての準抗告の適否」判タ二九六号(一九七三年)四五二頁(以下、守屋と略)、金谷一九七頁参照。
- (7) 勾留に対する準抗告につき、東京地決昭四四・五・一四刑裁月報一卷五号五九九頁、勾留延長に対する準抗告につき、東京地決昭四四・五・二〇家裁月報二二巻四号一一七頁、勾留に代わる観護措置に対する準抗告につき、広島家決昭四四・一一・二〇刑裁月報一卷一〇九六頁。同旨、四ツ谷三七三頁。
- (8) 但し、起訴前勾留に対して起訴後に準抗告をすることは、最決昭五九・一一・二〇刑集三八巻一一号二九八四頁によって否定された。
- (9) 多田二二頁
- (10) 大阪高判昭四二・九・二八家裁月報二〇巻六号九七頁、ポケット少年法一四七頁、手引四八頁、実務要覧上二九八頁。学説を収集整理したものとして、最高裁事務総局編・三訂少年執務資料集(一)の上(一九九二年)五三八頁以下参照(執務資料集(一)と略)。
- (11) ポケット少年法一四七頁・一五五頁、遠藤賢治・判例タイムズ二九六号三二〇頁、手引四八頁、実務要覧上二九八頁。学説の収集整理として、執務資料集(一)五三四頁以下参照。
- (12) 下出義明「少年法第十七条第一項第二号の観護の措置について」家裁月報二巻三号(一九五〇年)五二頁

七 少年法二〇条による検察官送致後の勾留（みなし勾留を含む）をめぐる問題

一 「みなし勾留」 観護措置がとられている事件について、これが取り消されないうまま検察官送致決定（少年法二〇条・一九条二項・二三条三項）がなされたときには、すでにされている観護措置は勾留とみなされる（少年法四五条四号・四五条の二。みなし勾留）。観護措置がとられず在宅だった事件が検察官送致となった場合、検察官が新たに勾留請求し決定が出れば勾留される。これらの勾留の法的性格は起訴前の勾留である。要件・効力等はすべて刑事訴訟法の一般の勾留に関する規定による（少年法四五条四号は「勾留とみなす」と規定している）。以下、主としてみなし勾留について検討する（実体的要件の厳格な解釈・適用については、三（一）参照）。

二 決定手続におけるデュー・プロセス 少年審判規則二四条の二第一項は、検察官送致決定に先立ち、被疑者に対して罪となるべき事実、刑事訴訟法六〇条一項各号の事由がある旨、及び、弁護士選任権を告知することを定めている。この手続の意味について、東京家決昭四六・七・二家裁月報二三卷一一―一二号一七一頁は以下のように判示している。

「身柄拘束の手続の点について、少年法、少年審判規則に規定されている手続は、刑事訴訟法に規定される手続と形式を異にしているが、その実質はいわゆる起訴前の裁判官の勾留処分と同視すべきものといわなければならない。したがって、「家庭裁判所の身柄拘束に関する右措置については、刑事訴訟法四二九条の規定を適用することに⁽¹⁾よりこれに対して不服申立てを許すことが相当と考えられる。」

右決定によると、検察官送致に先立ち、単に少年審判規則二四条の二第一項所定の事項を被疑者に告知するだけでなく、勾留の実体的要件の有無を裁判官が判断していることになる。⁽¹⁾ 右手続を⁽¹⁾実効あるものにするためには、

事前に少年の保護者・付添人に意見を述べる機会を与える、少年から事情を聞く際保護者・付添人を立ち合わせる等の措置をとるべきであろう(五(一)参照)。

なお、みなし勾留とは関係はないが、家裁の検察官送致決定に対して少年側の抗告権を否定する裁判例があるが、右決定の重要性からすれば少年側に抗告権を認めるべきであろう。

三 不服申立権 かつては、観護措置から勾留に移行するに際して裁判官の裁判が存在しないため不服申立の対象が欠けるのではないかという議論がされたが、現在では不服申立ができることで実務は固まっている。右東京家裁決定の通り、観護措置中の少年の事件の検察官送致決定に先立ち裁判官は勾留の要件を審査しており、観護措置が勾留に切り替わる際には、当然勾留要件を肯定したという裁判官の判断が介在しているからである。

不服申立の方法については、①抗告によるべきか、準抗告によるべきか、②準抗告説に従うとして、申立は家庭裁判所・地方裁判所のいずれの裁判官になすべきか、の二点が問題となる。実務は、準抗告によるべきこと、申立は家庭裁判所の裁判官になすべきことではほぼ一致している。⁽³⁾

準抗告の申立の趣旨をどうするかであるが、これは準抗告の対象をどう理解するかにかかっている。これには、観護措置を取り消さなかったという不作為を対象と考える見解(A説)、勾留の要件が存在する旨の潜在的な判断そのものを対象と考える見解(B説)、擬制された勾留そのもの(法律効果)を対象と考える見解(C説)の三つの考え方があり、A説またはB説が有力である。⁽⁴⁾

A説によると申立の趣旨は以下のようになる。

「△△に対する□□保護事件を検察官に送致するにあたり、○○家庭裁判所裁判官が△△に対する観護措置を取り消さなかった措置を取り消す。○○年○月○日にした決定に基づく右事件についての観護措置を取り消す。」

B説によると申立の趣旨は以下のいずれかとなる。

「△△に対する□□保護事件を検察官に送致するにあたり、○○家庭裁判所裁判官が右事件につき△△を勾留する要件があるとした判断を取り消す。○○年○月○日にした決定に基づく右事件についての観護措置を取り消す。」

「△△に対する□□保護事件を検察官に送致するにあたり、○○家庭裁判所裁判官が右事件につき少年法四五条四号、少年審判規則二四条の二によりみなし勾留の効果を生じさせた措置を取り消す。○○年○月○日にした決定に基づく右事件についての観護措置を取り消す。」

四 取消請求権 刑事訴訟法八七条により勾留取消請求権が認められることは争いが無い。申立の趣旨は以下のようなだろうか。

「○○家庭裁判所裁判官が△△に対する□□保護事件を検察官に送致するにあたり少年法四五条四号、少年審判規則二四条の二に基づく措置により効果を生じさせたみなし勾留を取り消す。」

五 理由開示手続 刑事訴訟法八二条により勾留理由開示請求権が認められる。⁽⁵⁾ 申立は、起訴前は少年法二〇条の決定をした家庭裁判所の裁判官、起訴後は受訴裁判所と解するのが有力である。⁽⁶⁾

六 勾留場所 観護措置が取り消されないまま検察官送致され、観護措置がみなし勾留に移行した場合、それまで少年鑑別所に収容されていた少年の身柄はどうなるのか。収監説と移監説とが対立している。⁽⁷⁾

収監説は、検察官送致決定により、家裁が少年を鑑別所から代用監獄または拘留所に移監する意思が明らかであるから、検察官は、裁判官の同意を得て行う移監指揮（刑訴規則八〇条・三〇二条一項）を要せず、収監指揮で足りるとする。実際にも、法務大臣訓令・事件事務規程四七条（昭和三十七年九月一日法務省刑事総秘第一〇号）

により収監説の立場で運用がなされている。⁽⁸⁾

他方、移監説は、検察官送致決定と同時に観護措置によって收容していた少年鑑別所が勾留場所となるから、そこから代用監獄または拘置所に身柄を移すには、裁判官の同意を得て移監手続をなす必要があるとする。⁽⁹⁾

少年の場合、勾留場所として少年鑑別所を指定でき、このことはみなし勾留の場合も同様である。従って、収監説の言うように検察官送致決定の中に移監の意思を読み取ることができない。しかも、勾留場所は、勾留裁判の重要な部分であるから、裁判官による勾留場所を変更する明示の決定がない限り、従前の收容場所がそのまま勾留場所となると考えるべきではないか。さらに、そもそも少年法は、少年の勾留場所を原則として少年鑑別所としている(四(一)参照)。従って、移監説が妥当であろう。⁽¹⁰⁾

弁護人としては、違法な勾留場所の変更を放置することなく、次項で述べるような手段で争うべきであろう。

七 勾留場所変更に対する弁護活動 検察実務は、収監説に従っている。このため、裁判官の同意なく勾留場所が変更されている。従って、弁護人側として移監に対する裁判官の同意に対して準抗告をすることは無理がある。そこで、どのような不服申立方法が可能かが問題となる。

この点では、みなし勾留に対する準抗告及び勾留取消請求が考えられる。そうした事例もある。例えば、東京家決昭五七・八・五家裁月報三五卷九号一二五頁は、弁護人が行った準抗告は適法としつつ、取消しの理由がないので準抗告を棄却した。他方、京都地命令昭四三・一二・二八家裁月報二二卷七号一五六頁は職権によって勾留を取り消した事案である。

右京都地命令は、「法は・・・どの場所に勾留されるのかの点についても裁判所または裁判官の司法的判断に基づかなければならない旨法定しており(刑事訴訟法六四条一項、二八〇条一項、三項、刑事訴訟規則八〇条一

項)、従つて被疑者または被告人の側からみれば、裁判所または裁判官の司法的判断に基づく勾留場所以外においては勾留されることのない権利を享有しているものというべく、しかも、右権利は日本国憲法三一条によつて保障せられた基本的人権の一部をなすものである」とする。従つて、裁判官の移監の同意に基づかないで勾留場所を変更したのは、「法律上の根拠なき場所に被告人の身柄を拘束することにより、右の如き被告人の基本的な権利を侵害してきた違法な措置であつた」として職権で勾留を取り消している。

そこで、弁護士がかかる不服申立をする場合、その理由として、まず、移監説が妥当であり、裁判官の移監の同意を得ずに勾留場所の変更を行った点に捜査側に違法があることを指摘すべきである。さらに、たとえ収監説によるとしても、拘置所ではなく代用監獄に収容した点に違法があることを主張していくべきであらう。

八 事件(一)の場合、家裁の逆送決定により、観護措置がみなし勾留に移行した。その際、家裁書記官名で弁護人に勾留通知書が送られてきた。それには「少年に対する観護措置も勾留とみなされることになり、少年は大坂拘置所(中略)に移ることにになりましたから通知します。」と記載されている。この通知書は、逆送によつて身柄拘束場所が変わることを当然の前提としており、収監説的文言である。ただ幸い勾留場所が代用監獄でなく拘置所だったため、弁護士としては特に争わなかつた。

(1) 同旨、福岡高裁那覇支判昭四九・二・四判時七四四号一一〇頁。少年審判規則二四条の二の制定経過については、最高裁事務総局・少年事件実務要覧(下)(一九八四年)一一二八頁、一一二九頁参照(実務要覧下と略す)。

(2) 東京高決昭四五・八・四家裁月報二三卷五号一〇八頁

(3) 守屋四五二頁、金谷一九七頁

(4) 守屋四五二頁、横田安弘・高橋省吾・刑事抗告審の運用上の諸問題(増補)(一九九一年)二〇四頁はA説を、

金谷一九八頁はB説を支持している。

- (5) 最高裁事務総局家庭局・少年法概説三訂(一九六九年、法曹会) 一五〇頁
- (6) ポケット少年法三七九頁、前掲少年法概説三訂版一五〇頁
- (7) ポケット少年法三七九頁、実務要覧下一五一頁
- (8) 実務要覧下一五五頁参照
- (9) 京都地命令昭四三・一二・二八家裁月報二一卷七号一五六頁、中田三一八頁
- (10) 松山恒昭「身柄付検察官送致決定により観護措置が勾留とみなされる場合の勾留の基礎となる事実およびその場合の勾留場所」判例タイムズ二九六号(一九七三年)三三二頁、実務要覧下一五一頁も同旨。

八 まとめ—少年事件における身柄拘束手続と実践の指針

一 原則的活動の重要性 冒頭で紹介した各事例では、なるべく身柄拘束に対して法が認めている手続をきちんと行うよう心がけてみた。その結果身柄の解放が実現できた事例もある。事件(二)は被疑者が被疑事実を認めており、勾留されてもやむを得ないと弁護士自身が考えがちな事案であるが、あきらめずに素早く動き、勾留裁判官に働きかけた結果、勾留請求が却下されている。この事案でもし弁護士が素早く接見に行かなかつたら、また、翌日裁判官に働きかけなかつたら勾留された可能性は高い。

また、事件(四)では、少年が逮捕前から病院に通院していたという事情があったことから、診断書等を添付して観護措置取消を申し立てたところ、家裁は直ちに観護措置を取り消した。捜査機関は少年が逮捕前に通院していたという明白な事実すら裁判官に隠していたわけである。裁判所の身柄拘束の判断の際に捜査機関から提供される情報がいかに一面的で不正確なものか、弁護士からの情報提供がいかに大切かを示す貴重な事案である。

もつとも、弁護士の一部には、成人刑事事件においてすら身柄拘束に対して十分権利を行使しない傾向がないではない。少年事件の場合には、いかなる権利があり、それをどのように行使できるのかについて分かりにくいという事情が加わる。この結果、少年事件での身柄拘束に対する弁護士・付添人の対応は現状では十分とはいえない。

しかし、身柄拘束が少年の心身に与える重大な悪影響、少年への影響を無視した乱暴な警察・検察及び裁判官の状況から考えて、より多くの弁護士・付添人が憲法・刑法・少年法の原則に則って活動することの重要性は明らかである。

そして、弁護士・付添人が原則的な活動を展開すれば、事件(二)や事件(四)のように身柄解放を実現することもできるし、たとえ具体的成果が挙げられなくとも、事件(一)や事件(三)のように身柄拘束決定手続に弁護士・付添人の関与を認めさせ、デュー・プロセスに則った実務慣行の形成に寄与し得るはずである。

その意味で、少年事件における身柄拘束実務の改革において、弁護士・付添人の果たすべき役割は大きい。また、その活動の理論的根拠を提供するためには憲法・刑法・少年法学者との協力も不可欠であろう。

二 弁護士・付添人の悩み 少年事件における弁護士・付添人活動は身柄拘束からの解放に尽きるわけではない。手続を通じて少年の健全育成を実現することも重要な役割である。しかし、実際の弁護士・付添人活動では、限られた時間の中で最低何をすべきかという判断に悩むことがしばしばである。身柄拘束に対する原則的活動と少年の健全育成・環境整備のための活動のうち、どれを選び、どれをしないか。この兼ね合いの中で、身柄拘束への対処も変わってこよう。

私は、少年が被疑事実・非行事実を認めているか否か、少年の要保護性がどの程度か、捜査機関による捜査・

取調べのやり方に問題があるか否か、身柄拘束によって少年が被る不利益(学業・職業への影響、健康状態等)がどの程度か、などを考慮して判断している。とは言え、実際のところ、少年の要保護性や身柄拘束が少年の心身に与える影響の大きさを判断することは極めて困難である。ともすれば裁判官のように形式的・外形的事実から判断しがちである。事案によっては、身柄拘束されている方が少年の改善更生に好影響を与えるのではないかと思うことも稀ではない。身柄拘束への対処に関してはこういった悩みもある。

こういった悩みを少しでも解決できるような実証的・実践的研究が進むことを期待している。